

Año I. Núm. 1

R

EVISTA del
Centro de Estudios
Constitucionales

Julio - diciembre, 2015



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales

Presidente

Primera Sala

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán

Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza

Ministro Juan N. Silva Meza

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán

Director General

DOS ENFOQUES PARTICULARISTAS DE LA PONDERACIÓN ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES*

Juan Ruiz Manero**

Resumen

En este trabajo se describen primero, y se critican después, las defensas que Luigi Ferrajoli y Bruno Celano han hecho, cada uno a su manera, del "particularismo" referido a la ponderación entre principios constitucionales. Ferrajoli sostiene que la mayoría de los casos de colisión entre principios son susceptibles de una "solución en abstracto", mediante jerarquizaciones entre principios que resultarían válidas para cualquier caso; sin embargo, admite la existencia de "ponderaciones equitativas", aunque de forma excepcional; de ahí que nunca haya admitido, al menos expresamente, el "particularismo". Celano, en cambio, defiende abiertamente el enfoque particularista y lo predica de todos los casos de conflictos entre principios constitucionales. Ahora bien, ambas concepciones admiten críticas. Ferrajoli defiende, en realidad, un "particularismo residual", que le acerca a las tesis principialistas que ha venido rechazando históricamente. Celano, por su parte, defiende una tesis un tanto exagerada del particularismo, porque

* Existe una versión en inglés de este trabajo publicada en el Anuario *Análisis y derecho*, Marcial Pons, España, 2013, pp. 197-207.

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, España.

lo hace depender de una regla absolutamente estable (formulable como un condicional inderrotable). Lo exagerado de esta tesis radica en suponer que toda ponderación se traduce en un paso de una norma derrotable a otra norma también derrotable, lo cual es cierto, pero sin hacer ninguna distinción entre esas dos derrotabilidades, cuando claramente son cosas diferentes.

Palabras clave: Ponderación, principios constitucionales, reglas, particularismo, principalismo, conflictos entre principios.

Abstract

This paper describes and criticizes the endorsement of the "particularism" made by Luigi Ferrajoli and Bruno Celano, each one in their own way, in relation to balancing constitutional principles. Ferrajoli argues that most cases of collision between concrete constitutional principles can be solved through "abstract" hierarchizations which are valid for every case. However, he exceptionally admits the existence of "equitable balancing" ("ponderaciones equitativas"). On the other hand, Celano openly embraces a "particularist" approach in all cases of collision between constitutional principles.

Nevertheless, both positions admit criticism. Ferrajoli actually adopts a "residual particularism", which is closer to the thesis about constitutional principles that historically have been rejected by him. Meanwhile Celano endorse a particularist approach somewhat exaggerated, because it depends on an absolutely stable rule, which is formulated as a non-defeasible conditional. This position assumes that all balancing involve passing from a defeasible norm to another defeasible norm. Although this is true, the argument makes no distinction even though these are two different types of defeasibility.

Keyword: Weightings, balancing, constitutional principles, rules, particularism, principalism, conflict between constitutional principles.

1. Planteamiento

Me propongo examinar y criticar dos defensas recientes, o relativamente nuevas, del particularismo en contextos jurídicos, las debidas a Luigi

Ferrajoli y a Bruno Celano. En ambos casos, la opción por el particularismo se refiere a la ponderación entre principios constitucionales. El alcance de la opción por el particularismo es muy diferente, en uno y otro caso. En primer lugar, porque es muy variada la opinión de cada autor sobre las características que reviste la regulación constitucional de los derechos en nuestros sistemas jurídicos. En segundo lugar, porque divergen en cómo esta misma regulación constitucional debería ser, en el modelo ideal de regulación de los derechos constitucionales que defienden cada uno. Quizás no haga falta añadir que estos autores presentan cómo es la regulación constitucional de los derechos de una forma que la asemeja bastante a cómo uno y otro piensan que la regulación constitucional debería ser. La opción por el particularismo se presenta de forma muy distinta en cada autor. En tercer y último lugar, porque también es muy distinto, de acuerdo con la concepción reconstructiva de cada uno, el rango de los conflictos posibles entre derechos en nuestros sistemas constitucionales. Veamos todo ello.

En el caso de Celano, hay una defensa explícita del enfoque particularista para todos los casos de conflictos entre principios constitucionales y también, podríamos decir, una toma de posición proparticularista para el razonamiento jurídico en general (y, más allá, para todo el razonamiento práctico).¹ Por el contrario, en el caso de Ferrajoli, la defensa del particularismo no se presenta en estos términos (la expresión 'particularismo' es ajena a la terminología de Ferrajoli) y, además, tiene un carácter más bien residual: en opinión de Ferrajoli, y como es bien sabido, la mayor parte de los supuestos de colisión entre principios son meramente aparentes, por cuanto susceptibles de "soluciones en abstracto", en virtud de jerarquizaciones entre principios constitucionales que resultarían válidas para cualquier caso posible. Solamente en un relativo grupo pequeño de supuestos

¹ Cfr. Entre otros textos CELANO, Bruno, "¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?"; y del mismo, "Defeasibility y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables"; "Pluralismo ético, particularismo y caracterización de la deseabilidad: el modelo triádico"; "¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?", todos en CELANO, Bruno, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

no cabe aplicar tales jerarquizaciones o soluciones en abstracto predispuestas y es para la solución de este número pequeño de supuestos para lo que Ferrajoli opta, frente a la ponderación relativa a casos genéricos defendida por los autores principialistas, por lo que las llama "ponderaciones equitativas". Estas "ponderaciones equitativas" constituyen una alternativa, en mi opinión, claramente particularista. Empecemos por el planteamiento de Ferrajoli.

2. El particularismo residual de Luigi Ferrajoli

Como se acaba de recordar, el planteamiento de Ferrajoli no es centralmente particularista. Al contrario, a su juicio los principios constitucionales se encuentran, en muy amplia medida jerarquizados "en abstracto", esto es, al margen y con independencia de las propiedades que exhiban los casos. La primera de estas relaciones jerárquicas es la que sitúa a los derechos fundamentales consistentes en meras inmunidades, y no en facultades o poderes, en el vértice de la jerarquía; la segunda, que Ferrajoli considera "de bastante mayor importancia" es la que sitúa a todos los derechos fundamentales, "incluidos los derechos sociales y los derechos de libertad" en un nivel más alto que el de los actos de ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía civil, que son también poderes. La conclusión es, dice Ferrajoli, que "tenemos tres clases de derechos fundamentales –las simples inmunidades fundamentales, los derechos activos de libertad y los derechos-poder de autonomía– la primera de las cuales está supraordenada al ejercicio de todos los demás, mientras que el ejercicio de la tercera está subordinado en la estructura gradual del ordenamiento, al respeto de todos los demás".² Esta idea ferrajoliana de las jerarqui-

² FERRAJOLI, L., "El constitucionalismo entre principios y reglas", *Doxa*, n. 35, Alicante, España, 2012, pp. 791-817. Cfr. también FERRAJOLI, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en FERRAJOLI, Luigi, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 339 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1:

zaciones en abstracto ha sido criticada en numerosas ocasiones³ y yo mismo lo he hecho en el último número de *Doxa*: pues creo que en nuestros sistemas jurídicos todos los derechos fundamentales, a mi juicio sin excepción, ceden frente a otros, o prevalecen frente a ellos, en determinados conjuntos de circunstancias genéricas, esto es, que no operan tales jerarquizaciones en abstracto, válidas para todo caso posible; y creo, en particular, que la reconstrucción ferrajoliana comporta una versión particularmente fuerte de la llamada "eficacia horizontal de los derechos fundamentales", de su fuerza normativa frente a los actos de los particulares, que no creo que corresponda a la realidad de nuestros sistemas jurídicos.⁴ No insistiré aquí en estas críticas, puesto que lo que aquí interesa son precisamente aquellos supuestos en los que, a juicio del propio Ferrajoli, no disponemos de tales jerarquizaciones o "soluciones en abstracto" predispuestas. Se trata, en particular, de colisiones entre derechos de libertad, derechos que de acuerdo con el propio Ferrajoli, aparecen no jerarquizados en nuestros textos constitucionales. Para tales supuestos de colisión, en su opinión, la solución ha de venir, no de la ponderación entre normas (entre principios) relativa a casos genéricos propugnada por los principialistas, sino de la ponderación entre las circunstancias de los casos individuales de que se trate (en su terminología de la "ponderación equitativa"). Partamos de un pasaje en el que Ferrajoli da cuenta, por una parte, de cómo, en su opinión, entienden los principialistas la ponderación y, por otra, de cómo tal ponderación debe, también en su opinión, ser entendida. Dice Ferrajoli lo siguiente:

Teoría del derecho, pp. 757 y ss.; y vol. 2: *Teoría della democrazia*, pp. 72-73.; y del mismo, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, n. 34, Alicante, España, 2011, pp. 44 y ss.

³ Entre estas críticas, COMMANDUCCI, Paolo, "Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales" en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, UNAM-Trotta, Madrid, 2005 y MORESO, José Juan, "Sobre los conflictos entre derechos" en *Ibidem* (y también, como "Derechos y constitucionalismo sin conflictos" en *La Constitución. Modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 321 y ss.).

⁴ Cfr. RUIZ MANERO, J., "A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, 'soluciones en abstracto' y 'ponderaciones equitativas'", *Doxa*, n. 35, Alicante, España, 2012, pp. 819-832.

El derecho vigente es la única lengua de que disponen los jueces para nombrar los hechos que enjuician: como hurto o apropiación indebida, como ejercicio de la libertad de prensa o como difamación, no porque pesen el significado de estas palabras –es decir, las normas sobre el hurto, la apropiación indebida, la libertad de prensa y sobre la dignidad de las personas (más de lo que pesamos, hablando, las palabras 'silla' o 'butaca')– sino porque valoran (o, si se quiere, pesan) las particularidades singulares de los hechos enjuiciados que los hacen identificables y más fundadamente designables como hurto, apropiación indebida, legítimo ejercicio de la libertad de prensa o indebida difamación lesiva de la dignidad personal.⁵

Pues bien, creo que lo primero que debe decirse a propósito de este texto es que Ferrajoli presenta la ponderación entre principios defendidos por los principialistas en unos términos en los que me parece muy dudoso que alguno de estos se reconozca: nadie ha sostenido, que yo sepa, que lo que hay que ponderar, como a juicio de Ferrajoli defienden los principialistas, sea el "peso" relativo del "significado de las palabras". Lo que los principialistas dicen que hay que ponderar es el peso de las razones que, en uno y otro conjunto de circunstancias genéricas, respaldan a los principios en conflicto. Quizás innecesariamente ilustraré esta idea con un ejemplo, de un género tan habitual que pudiera resultar hasta tedioso: supongamos un conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información del tipo ¿puede legítimamente divulgarse algo referido al historial de tratamientos psiquiátricos recibidos por un candidato, digamos, a la presidencia del gobierno?

⁵ FERRAJOLI, L., "El constitucionalismo entre...", *op. cit.*, p. 814. En el mismo sentido, en "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, n. 34, afirma: "la ponderación [...] tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio" (pp.47-48) y también en FERRAJOLI, Luigi, RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012: "Si queremos hablar de «ponderación», me parece más simple y correcto [...] afirmar que el objeto de la ponderación son, caso por caso, las connotaciones singulares e irrepetibles de los hechos y de las situaciones juzgadas, que son siempre distintas aun cuando subsumibles en las mismas normas" (p. 83).

Frente a un caso semejante, y suponiendo que no haya una regla predispuesta que determine la prevalencia de alguno de los derechos en conflicto, ponderamos, de acuerdo con los principalistas, las razones en pro del derecho a la intimidad frente a las razones en pro de la libertad de información en relación con las circunstancias relevantes del caso, entendiendo que el resultado de la ponderación es siempre una regla. Una regla, por ejemplo, que estipule que en el caso de los candidatos a la presidencia del gobierno, y de su historial psiquiátrico, prevalece la libertad de información sobre el derecho a la intimidad (por la importancia que tiene el ser una persona psicológicamente equilibrada para tomar las decisiones, con frecuencia graves y urgentes, que corresponde tomar al presidente del gobierno, etc.). Naturalmente, esta regla no predetermina la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la intimidad en cualquier otro caso posible de colisión entre ambas: en un caso, por ejemplo, en que se trate del historial psiquiátrico de un candidato a una alcaldía y no a la presidencia del gobierno (aquí podría quizás sostenerse que para las decisiones que toma un alcalde no es tan importante que padezca algún trastorno psicológico, etc.) o bien porque, aun tratándose del candidato a la presidencia del gobierno, no se trata ya del historial psiquiátrico, sino, digamos, del dermatológico (que no afecta para nada la capacidad de tomar decisiones difíciles, etc.). Pero nos estamos moviendo siempre al nivel de las circunstancias genéricas. Si un caso no presenta circunstancias genéricas relevantes distintas de las de otro caso, ambos deben recibir la misma solución, pues son subsumibles en la misma regla.

Sin embargo, de acuerdo con Ferrajoli, lo que debemos ponderar no es el peso de las razones que respaldan a cada uno de los derechos en conflicto en relación con las circunstancias genéricas del caso; lo que debemos ponderar, de acuerdo con él, son las circunstancias individuales de ese mismo caso, "las particularidades singulares de los hechos enjuiciados". Confieso que "ponderar particularidades singulares de los hechos" me parece –literalmente– una expresión difícilmente comprensible. Pero atenerse a la literalidad sería, sin

duda, injusto con Ferrajoli. Lo que claramente quiere decir, me parece, es que debemos ponderar el peso de las razones que respaldan a cada uno de los derechos en conflicto en relación con las particularidades singulares de los hechos enjuiciados. Pero, en mi opinión, si estas "particularidades singulares" no las vemos como instancias de propiedades genéricas, no tenemos manera de referirnos a ellas en términos comunicables a los demás y ni siquiera tenemos otra forma de captarlas que no sea alguna suerte de intuición no comunicable y no controlable intersubjetivamente.⁶ La solución que propugnemos, pues, no podrá presentarse en términos que se pretenda justificar, sino que aparecerá, necesariamente, como arbitraria. Y ello porque nuestra idea de justificación implica la idea de tratar de forma semejante los casos semejantes, o, lo que es lo mismo, la idea de que los casos que exhiban las mismas propiedades genéricas relevantes deben recibir la misma solución. Y ello, en el caso de las colisiones entre principios, implica, en mi opinión y contra lo que sostiene Ferrajoli, la necesidad de ponderar las razones que respaldan a cada uno de ellos no en relación con la "irreductible singularidad" de los casos individuales, sino en relación con los diversos conjuntos de propiedades que constituyen unos u otros casos genéricos.

3. El particularismo global de Bruno Celano

El particularismo que defiende Bruno Celano es muy distinto al de Ferrajoli. A diferencia de Ferrajoli, Bruno Celano acepta los rasgos generales de la visión de la ponderación común entre los autores a los que se suele conocer como

⁶ Naturalmente, siempre hay una posibilidad de encontrar en el caso "particularidades singulares", que sean comunicables, o sea, lingüísticamente expresables y que no sean reconducibles a alguna combinación de propiedades genéricas. Tal ocurre si empleamos en nuestra descripción del caso el nombre propio o alguna descripción definida de la persona o personas involucradas. Pero considerar como propiedad relevante de un caso la identidad de la persona o personas involucradas en él significaría, obviamente, el abandono sin disimulos de la pretensión de universalización que es parte constitutiva de nuestra idea de justificación.

principalistas. Ferrajoli, como hemos visto, mantiene la tesis de que la mayoría de los conflictos entre principios encuentran una "solución en abstracto" predispuesta y considera que la ponderación relativa a casos genéricos, defendida por los principalistas, "es una técnica argumentativa que amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del Juez a la ley".⁷ Celano, en cambio, sostiene que la prevalencia de uno u otro de los principios eventualmente concurrentes habrá de determinarse siempre ponderándolos en relación con las propiedades que exhiben los casos; no hay, para Celano, nada semejante a las ferrajolianas "soluciones en abstracto". Al contrario, una disciplina constitucional de los derechos que predisponga, por medio de lo que Ferrajoli llama "soluciones en abstracto", relaciones de prevalencia inamovibles entre ellos, no podría constituir, en opinión de Celano, "una disciplina razonable, sensata, de los derechos".⁸ Y, frente a la opinión de Ferrajoli de que, en el lenguaje constitucional "la vaguedad y la indeterminación no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso de un lenguaje lo más taxativo posible",⁹ Celano niega que constituya un defecto la presencia de términos vagos (como los valorativos) en nuestras constituciones y, en particular, en aquellas disposiciones que adscriben derechos. Disposiciones constitucionales que configuraran en términos puramente descriptivos tanto las condiciones de aplicación de los derechos como el modelo de conducta protegido por los mismos serían, en opinión de Celano, "a menudo inconcebibles" por cuanto nos abocarían a "conclusiones absurdas".¹⁰

Así pues, Celano acepta tanto la tesis descriptiva como la tesis prescriptiva que se suelen considerar propias del principalismo. La tesis descriptiva consiste en la constatación de que la regulación de los derechos es llevada a cabo, en

⁷ FERRAJOLI, Luigi, "Constitutionalismo principalista...", *op. cit.*, p. 47.

⁸ CELANO, Bruno, "¿Cómo debería ser la disciplina constitucional...", *op. cit.*, p. 203.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰ CELANO, Bruno, "¿Cómo debería ser la disciplina constitucional...", *op. cit.*, p. 201.

nuestras constituciones, centralmente por medio de principios; y que lo característico de los principios es que, por un lado, resaltan en términos fuertemente valorativos la acción modalizada deónticamente en su consecuente y que, por otro, no predeterminan en su antecedente las condiciones en que cada uno de ellos prevalece frente a otros eventualmente concurrentes. La tesis normativa reside en la afirmación de que es deseable que la regulación constitucional de los derechos esté integrada básicamente por principios así entendidos.

Sobre estos puntos de inicio, el discurso de Celano que desemboca en su defensa del particularismo parte de una crítica a la manera de entender la ponderación por parte de José Juan Moreso.¹¹ Pero, en todo caso, la crítica de Celano afecta, no sólo a la específica versión de Moreso, sino a lo que podemos llamar la visión principalista estándar de la ponderación. En particular, Celano rechaza la idea de que el resultado de la ponderación entre dos principios, en relación con un caso genérico, sea una regla cuya presencia marque una diferencia respecto a la situación en la que no disponemos más que de los principios concurrentes. Pero, para dar cuenta adecuadamente de la crítica de Celano parece necesario recordar sucintamente cómo se presenta esta idea en la visión principalista estándar. El punto de partida, bien conocido, es –como se acaba de recordar– que los principios son normas que no especifican, en su antecedente, más condición de aplicación que el que haya una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en su consecuente y que esta modalización deóntica tiene un carácter meramente *prima facie*.

Para pasar de la modalización deóntica *prima facie* a una modalización deóntica concluyente es preciso determinar que el principio que se encuentra bajo consideración no está desplazado –en el caso que examinamos– por otro principio

¹¹ Cfr. CELANO, Bruno, "Defeasibility y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables" en *Derecho, justicia, razones...*, op. cit., pp. 235 y ss.; MORESO, José Juan, "Conflictos entre principios constitucionales" en *La Constitución. Modelo para...*, op. cit., pp. 267 y ss.

que tenga, en relación con él, un peso mayor. Para esta visión, los principios constitucionales que establecen derechos se encuentran necesariamente en tensión porque, en numerosos casos en los que se presenta una ocasión para realizar la acción protegida (*prima facie*) por un cierto derecho, se presenta también la ocasión para realizar la acción protegida por otro derecho (que es incompatible con la primera). O, si se prefiere decirlo de esta otra forma, porque, en numerosas ocasiones, acciones que constituyen instancias de uso de un cierto derecho establecido por un principio constitucional constituyen también instancias de lesión de otro derecho establecido por otro principio constitucional, y viceversa. Utilizando uno de los ejemplos más socorridos: la libertad de información, por un lado, y el respeto al honor o a la intimidad de las personas, por otro, son derechos constitucionales, pero se nos presentan numerosas ocasiones en las que el uso de la libertad de información implica una vulneración del honor o de la intimidad o en las que el respeto al honor o a la intimidad implica una restricción al uso de la libertad de información.

Pues bien, en relación con este género de conflictos, la actual corriente mayoritaria en la filosofía del derecho piensa que es posible articular los derechos en conflicto en una jerarquía armónica que establezca la prevalencia de cada uno de ellos, frente a otros eventualmente concurrentes, no al modo de Ferrajoli, "en abstracto" o para cualquier caso posible de concurrencia, sino en relación con clases de casos (o, lo que es lo mismo, vinculado con casos genéricos). Tal es, me parece, el núcleo de la visión estándar de la ponderación entre principios, que se entiende como una operación que desemboca en la construcción de una regla que determina la prevalencia de alguno de ellos en los casos que presenten ciertas combinaciones de propiedades. Asimismo, y para seguir con el ejemplo anterior, la regla elaborada por nuestro tribunal constitucional de acuerdo con la cual, en los supuestos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor prevalece la primera sólo si la información tiene relevancia pública, es veraz y se comunica sin emplear expresiones injuriosas, mientras que basta con que esté ausente uno de estos tres requisitos para que prevalezca el derecho

al honor. Reglas de este tipo valen –se supone– en tanto que un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing*, cuyo resultado sería una nueva regla *más fina* que la anterior. Las reglas que resultan de operaciones de balance entre principios llevadas a cabo por órganos jurisprudenciales no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, *absolutamente estables*, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de *laguna axiológica*.¹² Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla *más fina*. Lo que no hay, de acuerdo con la versión estándar, son respuestas correctas que lo sean únicamente para un caso individual; las respuestas son o no correctas en virtud de las propiedades del caso, esto es, de su adscripción a algún caso genérico.

Pues bien, esta idea de que la ponderación entre principios desemboca en una regla cuya presencia marca una diferencia respecto de la situación, en que únicamente disponemos de principios en concurrencia es la idea que constituye el objeto de la crítica de Celano. De acuerdo con él, tal diferencia sólo se produciría si la ponderación desembocara en una regla absolutamente estable, en una regla formulable como un condicional inderrotable. Lo anterior porque, la presencia de una regla no absolutamente estable, no excluye que no tengamos que volver a ponderar en relación con cualquier caso futuro. Y ello significa, a juicio de

¹² El concepto de "laguna axiológica", así como el antes mencionado de regla "más fina", provienen, como es claro, de ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Springer, New York-Wien, 1971 (trad. española de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974).

Celano, que la ponderación así entendida, aunque se presente como una superación del particularismo, deja al particularismo intacto.¹³

Pero esta es, a mi juicio, una conclusión exagerada. Celano tiene, desde luego, razón en que la regla resultado de la ponderación entre dos principios para un determinado conjunto de propiedades es una norma derrotable. Es una norma derrotable pues no puede excluirse que un nuevo caso presente una propiedad lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing*. Para excluir esta posibilidad tendríamos que disponer de lo que el propio Celano denomina una *tesis de relevancia última*,¹⁴ esto es, de un criterio que nos permita identificar, *a priori*: primero, todas las propiedades que puedan resultar relevantes y, segundo, todas las posibles combinaciones de tales propiedades que puedan presentar los casos futuros. Disponiendo de ello, podríamos, como indica Moreso, reconstruir el sistema normativo como un conjunto de normas inderrotables, esto es, "como un conjunto de normas condicionales cuyo antecedente es condición suficiente del consecuente".¹⁵ Pero, obviamente, identificar todas las propiedades que puedan resultar relevantes y todas las combinaciones que puedan darse entre ellas, es algo que supera los límites de la capacidad epistémica de los seres humanos. A juicio de Moreso, "si bien seguramente es implausible pensar en una revisión estable de todos los principios constitucionales contenidos en una declaración de derechos", resulta, sin embargo, "más plausible pensar en diversas revisiones estables relativas a microconjuntos de principios constitucionales",¹⁶ tales como –seguimos sin abandonar el ejemplo– el microconjunto compuesto, por un lado, por los derechos al honor y a la intimidad y, por

¹³ Cfr. CELANO, Bruno, "Defeasibility y ponderación...", *op. cit.*, p. 236.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 249. Sobre la (im)posibilidad de disponer de una tesis de relevancia última, cfr. MORESO, José Juan, "Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos" en *La constitución. Modelo para...*, *op. cit.*, pp. 285 y ss. Tal imposibilidad, por lo que se refiere a las reglas morales, fue puesta de manifiesto hace ya muchos años por BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 348-349.

¹⁵ MORESO, José Juan, "Sobre revisiones estables...", *op. cit.*, p. 286.

¹⁶ *Ibidem*, p. 288.

otro, por el derecho a la libertad de información. En mi opinión, lo único que ocurre si nos limitamos a microconjuntos tales como el sugerido es que la posibilidad de que aparezca como relevante una propiedad que no hubiéramos tenido en cuenta es menor de la que tendría si pretendemos abarcar todos los principios constitucionales. Y de hecho, una vez que la doctrina del tribunal constitucional ha hecho cristalizar la regla compleja relativa a las relaciones de prevalencia entre los derechos al honor y a la intimidad y el derecho a la libertad de información sobre la base de las propiedades de relevancia pública de la información, veracidad de la misma y ausencia de expresiones injuriosas, no ha aparecido, que yo sepa, ningún nuevo caso que haya obligado a revisar esa regla. Que aparezca un nuevo caso que presente propiedades que obliguen a la revisión es, sin embargo, algo que no podemos descartar por completo. Sólo podríamos descartarlo por completo si fuésemos capaces de anticipar todas las propiedades y combinaciones de propiedades potencialmente relevantes que puedan presentar los casos futuros. Y, como, dado que no somos omniscientes, nunca podemos estar seguros de qué propiedades, o combinaciones de propiedades, en las que no hemos pensado, puedan aparecer como relevantes, nunca podemos estar seguros de que no aparezcan casos que exijan una revisión, una operación de *distinguishing*. No podemos, pues, aspirar razonablemente a la estabilidad absoluta de las reglas resultado de nuestras ponderaciones. Pero, a mi juicio, que esto sea así no implica, sin embargo, contra lo que parece pensar Celano, que el paso de los principios en concurrencia a la regla que expresa la ponderación entre los mismos para un determinado conjunto de propiedades sea un paso que deje las cosas como estaban antes de él. Celano tiene razón en que el paso de un principio A, en concurrencia con otro B, a la regla que expresa que A prevalece o, por el contrario, cede frente a B, en relación con un determinado conjunto de propiedades, es el paso de una norma derrotable a otra norma también derrotable. Pero poner énfasis en ello implica olvidar, y este es, a mi juicio, el principal déficit del enfoque de Celano, que la derrotabilidad se presenta, en uno y otro supuesto, de manera relevantemente distinta.

Esta conclusión de que la derrotabilidad se presenta, en uno y otro supuesto, de manera relevantemente distinta resulta ineludible si partimos de entender que lo que diferencia un caso fácil de uno difícil es que, un caso es fácil, sólo si se dan conjuntamente dos condiciones: primero, que dispongamos de una regla predispuesta en la que subsumirlo y, segundo, que la aplicación de esa regla al caso bajo examen no resulte controvertible. Pues bien, si eso es así, entonces la presencia de una regla que expresa las relaciones de prevalencia entre dos principios en relación con un cierto conjunto de circunstancias genéricas implica, obviamente, que cualquier caso individual que constituya una instancia de ese conjunto de circunstancias genéricas encuentra una regla predispuesta en la que subsumirlo; esto es, que se da, en relación con él, la primera condición para calificarlo de caso fácil. La segunda condición –que dicha subsunción no resulte controvertible– se encontrará satisfecha siempre que el nuevo caso no presente una propiedad adicional lo suficientemente relevante como para que resulte controvertible si no exige una solución normativa distinta. Dicho con las categorías de Alchourrón y Bulygin:¹⁷ si en relación con un cierto caso genérico no disponemos más que de principios en concurrencia, el derecho presenta, en relación con el caso en cuestión, una *laguna normativa*,¹⁸ misma que se ve colmada cuando disponemos de una regla que determina, para el caso en cuestión, la prevalencia entre los principios en concurrencia. Naturalmente, la presencia de la regla implica la eliminación de la laguna normativa, pero no asegura que, en relación con un caso que presente nuevas propiedades no tenidas en cuenta por la regla, no aparezca una *laguna axiológica*. Pero, así como la presencia de una laguna normativa implica que todo caso que caiga bajo su dominio es un caso difícil, que exige deliberación que desemboque en la elaboración de una regla para solucionarlo, la posible presencia de una laguna axiológica implica

¹⁷ Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Normative systems...*, op. cit.

¹⁸ Una reformulación, en este sentido, del concepto de laguna normativa se encuentra en RUIZ MANERO, Juan, "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas" en ATRIA, Fernando, BULYGIN, Eugenio, MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo, RODRÍGUEZ, Jorge y RUIZ MANERO, Juan, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 123 y ss.

solamente que no puede descartarse *a priori* la posibilidad de que un caso cubierto por la regla acabe por ser un caso difícil, por la presencia de propiedades adicionales que hubieran debido tenerse en cuenta (o, al menos, que resulte controvertible si hubieran debido tenerse en cuenta) para correlacionarlo con una solución normativa distinta. O dicho de otra forma: todo caso respecto del que falta una regla predispuesta en la que subsumirlo es un caso difícil; un caso cubierto por una regla será de ordinario un caso fácil, pero será difícil siempre que pueda argüirse, y eso sea al menos controvertible, que en relación con él la aplicación de la regla predispuesta produce una decisión valorativamente inaceptable de acuerdo con el balance entre los principios relevantes. Lo que se traduce, si queremos utilizar las categorías de Frederick Schauer,¹⁹ en que, en el primer supuesto, cuando disponemos simplemente de principios, el aplicador del derecho debe realizar un examen cuidadoso [*a careful look*] de su importancia relativa en relación con las propiedades del caso, mientras que, cuando disponemos de una regla predispuesta, bastará con que el aplicador lleve a cabo rápidamente un vistazo superficial [*a perfunctory glimpse*] para determinar que, entre las propiedades del caso, no hay ninguna no prevista en la regla que pudiera exigir, de acuerdo con los principios, una solución normativa diferente. Naturalmente, si el vistazo superficial muestra la presencia de una circunstancia de este género, el aplicador se verá obligado a llevar a cabo el examen cuidadoso, esto es, la ponderación, a que se ve abocado cuando simplemente dispone de principios. En este sentido, el caso se habrá revelado como difícil. Pero también en este supuesto, la presencia de la regla predispuesta marcará una diferencia respecto de la situación en la que simplemente disponemos de principios. Y ello porque la presencia de la regla predispuesta implica que en la ponderación no solamente habrán de entrar en juego los principios sustantivos que resulten relevantes, sino también los principios (institucionales) vinculados al seguimiento de reglas, tales como la estabilidad, la predecibilidad, la deferencia a la autoridad que ha

¹⁹ Vid. SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 91.

generado la regla, etc. De manera que la regla predispuesta resultará derrotada en aquellos casos, pero sólo en los que el balance de principios sustantivos que sustenta el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el del conjunto de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas. Y hasta aquí llega la diferencia marcada por la presencia de una regla predispuesta. Diferencia que para concluir podemos resumir en dos rasgos: primero, en que, habiendo regla predispuesta, numerosos casos aparecen, tras un mero vistazo superficial, como casos fáciles, en los que la corrección de la aplicación de la regla a los mismos no se presenta controvertible; segundo, en que, incluso en aquellos casos con los cuales la corrección de la aplicación de la regla aparece como controvertible, la deliberación –para construir el balance que fundamente la resolución del caso– no tiene los mismos integrantes que en la situación de simple presencia de principios sustantivos, puesto que han de entrar en juego los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas. Vistas así las cosas, la diferencia marcada por la presencia de una regla predispuesta llega, en mi opinión, tan lejos como razonablemente puede llegar y, también en mi opinión, no resulta en absoluto irrelevante sino ciertamente significativa.